

DESAFÍOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Javier MARIEZCURRENA*
Pablo GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ**

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El control de convencionalidad.* III. *Los desafíos del control de convencionalidad para la Corte Interamericana.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más relevantes de los últimos años en el sistema interamericano de derechos humanos es la doctrina del control de convencionalidad. En esencia, esta doctrina sostiene que los jueces, y en general todos los órganos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, están obligados a “velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”. Además, el control de convencionalidad requiere que las autoridades tengan en cuenta “no solo el tratado, sino la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.¹ La introducción de esta doctrina a la jurisprudencia de la

* Abogado de nacionalidad argentina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Maestro, *Summa Cum Laude*, de derecho internacional de derechos humanos de la Universidad de Notre Dame.

** Abogado de nacionalidad mexicana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Doctor en derecho internacional de los derechos humanos por la Universidad de Notre Dame.

¹ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párr. 124, y *caso Petro Urrego vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 8 de julio de 2020, serie C, núm. 406, párr. 107.

Corte Interamericana tiene el objetivo de incrementar la efectividad de los instrumentos internacionales en los Estados, de forma tal que sean las propias autoridades en el ámbito interno los primeras garantes de los derechos reconocidos internacionalmente.² De esta forma, su contenido constituye un innovador desarrollo en los mecanismos de implementación del derecho internacional en el ámbito interno del Estado, y quizá precisamente por eso ha sido objeto de gran debate y reflexión, tanto en la literatura jurídica³ como en algunas altas cortes de la región.⁴

Algunas de estas reflexiones han sido críticas en cuanto a que las autoridades del Estado apliquen directamente la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, cabe destacar que la decisión de un Estado de ratificar un tratado como la Convención Americana y de aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana es un acto de manifestación de voluntad soberana, y también un acto democrático. Sin perjuicio que pertenecer a un sistema regional de protección —con las consecuencias que ello trae— pueda ser considerado por algunos como una imposición externa sobre el derecho interno y sobre las autoridades nacionales, lo cierto es que constituye un acto de plena manifestación soberana; no hay nada ni nadie que obligue a un Estado a integrar un sis-

² Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párr. 65, y *caso Petro Urrego vs. Colombia, cit.*, párr. 107.

³ Entre muchos otros, Sagüés, Néstor Pedro, “Dificultades operativas del “control de convencionalidad” del sistema interamericano”, *La Ley*, 11 de agosto de 2011; “El “control de convencionalidad” en particular sobre las Constituciones nacionales”, *La Ley*, 19 de febrero de 2009; “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios constitucionales*, año 8, núm. 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile; “De la Constitución Nacional a la Constitución «convencionalizada»”; El control de convencionalidad, Ediar 2008; Albanese, El Control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias”, *SJA*, 29 de agosto de 2007; Ruiz Chiriboga, Oswaldo, “The Conventionally Control: Examples of (un)succesful Experiencies in Latin America”, *Revista Interamericana y Europea de Derechos Humanos*, vol. 3, núms. 1 y 2, 2010; Burgorgue-Larsen, Laurence: “Chronicle of a Fashionable Theory in Latin America. Decoding the Doctrinal Discourse on Conventionality Control”, en Haec, Yves, Ruiz Chiriboga, Oswaldo, y Clara Burbano-Herrera (eds.) (2015), *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future* (Reino Unido, Intersentia); Contreras, Pablo (2014), “Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Ius et Praxis*, vol. 20, núm. 2; Dulitzky, Ariel (2015), “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal* (vol. 50).

⁴ Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013.

tema regional de derechos humanos. Se trata de un acto jurídico-político realizado *motu proprio*, por convencimiento o conveniencia. Independientemente de los motivos que llevan a sujetarse a un sistema internacional de control, es indiscutible que el Estado es quien decide —soberanamente— ratificar un tratado y aceptar un sistema de control adicional, *externo*, para verificar *su* propio respeto por los derechos humanos en *su* jurisdicción. Asimismo, los Estados no sólo crean estos sistemas, sino que establecen las normas sustantivas y adjetivas, los financian y designan a los controladores, es decir, los jueces y comisionados, conformando un sistema de protección de origen e impronta estatal.

Adicionalmente, la decisión de pertenecer a un sistema regional constituye un acto democrático en tanto en la ratificación de un tratado concurren la decisión de dos de los tres poderes de los Estados, precisamente aquellos poderes mayoritarios, elegidos en elecciones libres, universales y periódicas, como son los poderes legislativos y ejecutivos. Así, cuando un Estado decide soberana y democráticamente formar parte de un sistema regional como el sistema interamericano, y ratificar un tratado como la Convención Americana, se generan una serie de obligaciones internacionales. En la Convención Americana —muy brevemente indicadas—, las obligaciones principales que tienen los Estados y sus agentes se encuentran en los artículos 1 y 2 del tratado. El artículo 1.1 prevé dos grandes obligaciones, principales: una es la *obligación de respetar* los derechos humanos, que se expresa en la típica obligación de abstenerse, de no interferir en el uso y goce de derechos, es decir, es una obligación negativa; por otra parte, también prevé dicho artículo 1.1, la *obligación de garantizar* los derechos humanos sin discriminación; esto es, la contracara de la obligación anterior, el deber de emprender ciertas conductas, la obligación positiva de adoptar medidas, cuyo contenido dependerá de cual sea el derecho en cuestión.⁵

Por su parte, el artículo 2 de la Convención Americana establece una tercera obligación, que es la *obligación de adoptar medidas*, esto es, el deber de adoptar medidas legislativas o de otra índole, como una obligación complementaria de las otros dos, que las hace más inmediatas, más determinantes,⁶ De conformidad con la asentada jurisprudencia de la Corte Interamericana a este respecto, la *obligación de adoptar medidas* tiene dos vertientes, una negativa y otra positiva, e implica:

⁵ Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana, teoría y jurisprudencia*, Universidad de Chile, pp. 16 y ss.

⁶ *Ibidem*, p. 24.

a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface con la reforma, la derogación o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno ha implicado, en ciertas ocasiones, la obligación por parte del Estado de tipificar penalmente determinadas conductas.⁷

El incumplimiento de las obligaciones convencionales —por *acción u omisión* de los agentes estatales— genera responsabilidad internacional. Esta responsabilidad internacional es objetiva, esto es, resulta irrelevante para el derecho internacional la intencionalidad del agente si actuó con dolo, culpa, negligencia, etcétera.⁸ Todo funcionario público es agente del Estado y es capaz de hacer incurrir al Estado responsabilidad internacional. En la jurisprudencia interamericana se perfilan nuevos “agentes”, entre otros, médicos y enfermeros vinculados al sistema salud pública,⁹ que se suman a los agentes más “comunes”, que hacen incurrir a un Estado en responsabilidad internacional como policías y fuerzas armadas y funcionarios de los ministerios públicos y del Poder Judicial. También la Corte ha desarrollado los alcances del deber de prevención, en el marco del deber de garantizar los derechos. Esto implica que el Estado tiene la obligación —por ejemplo— de regular y fiscalizar los actos de particulares cuando éstos impliquen riesgos a los derechos humanos, como sucede con la prestación de servicios de salud o los trabajos riesgosos.¹⁰

Como lo señala la jurisprudencia constante de la Corte Interamericana, es un principio básico del derecho internacional que la ratificación de un

⁷ Corte IDH, *caso Fornerón e hija vs. Argentina, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 27 de abril de 2012, serie C, núm. 242, párr. 131.

⁸ Corte IDH, *caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrs. 170, 173 y ss.

⁹ Uno de los casos paradigmáticos al respecto, Corte IDH, *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149.

¹⁰ Corte IDH, *caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 15 de julio de 2020, serie C, núm. 407, párr. 118, y *caso Vera Rojas y otros vs. Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 1o. de octubre de 2021, serie C, núm. 439, párr. 89.

tratado internacional como la Convención Americana obliga a todos los órganos y poderes del Estado.¹¹ Sin embargo, parece evidente que el Poder Judicial tiene una responsabilidad fundamental y *reforzada* en un doble sentido respecto del cumplimiento de la Convención Americana. En primer lugar, el Poder Judicial, como todo poder estatal, debe cumplir por sí mismo las obligaciones internacionales; en segundo lugar, y quizá el deber más importante, el Poder Judicial debe controlar y hacer cumplir a los demás poderes sus obligaciones de respeto, de garantía y de adoptar medidas, intentando evitar que el Estado sea condenado internacionalmente.¹² El Poder Judicial es el que puede afianzar que los sistemas internacionales de protección funcionen de la manera que está previsto, esto es, de manera subsidiaria y complementaria, y, en este sentido, tiene un rol extremadamente importante de controlar a los demás poderes en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales.

Hasta aquí no hay nada nuevo, salvo la excepción que, de unos años a esta parte, el control sobre cómo los Estados deben cumplir y hacer cumplir estas obligaciones ha variado, bajo lo que la Corte Interamericana ha denominado —con cierto éxito, al menos de *marketing*— el *control de convencionalidad*. Así como el control de constitucionalidad garantiza la eficacia de las normas constitucionales, el de convencionalidad intenta lo propio con las normas de la Convención Americana y las interpretaciones de la Corte sobre el tratado.¹³ El tribunal interamericano indicó que los poderes estatales no sólo deben cumplir y hacer cumplir las disposiciones del tratado, sino también observar sus criterios jurisprudenciales. Como se ha señalado, el control de convencionalidad deriva de una interpretación mutativa por adición realizada por la Corte Interamericana sobre el Pacto de San José, en tanto ha agregado algo al contenido de aquel instrumento internacional, aunque el texto de éste no ha variado.¹⁴

¹¹ Corte IDH, *caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 17 de noviembre de 1999, considerando 3, y *caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 22 de mayo de 2013, considerando 4.

¹² La CSJN ha señalado reiteradamente que entre sus funciones como cabeza del Poder Judicial de la nación debe evitar una eventual condena internacional, entre muchos otros, *cf. CSJN, Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación, Considerando 12*. Véase, asimismo, una reseña en Pinto, Mónica “El valor de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, pp. 123 y ss.

¹³ Sagüés, “De la Constitución Nacional”, *cit.* p. 2, y “El control de convencionalidad”, *cit.* p. 3.

¹⁴ Sagüés De la Constitución Nacional”, *cit.* p. 3 y “El control de convencionalidad”, *cit.* p. 2.

En el presente texto se repasan las principales caracterizaciones y algunos de los desafíos a los cuales se ha referido la doctrina académica sobre el control de convencionalidad. El texto estará dividido en dos partes. En la primera, se hará una referencia a algunos de los aspectos más relevantes del desarrollo jurisprudencial y conceptual de esta doctrina, de la mano algunos de sus principales exponentes: Sergio García Ramírez, Néstor Pedro Sagués, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. En segundo lugar, se harán algunas reflexiones respecto de algunos desafíos que enfrenta el control de convencionalidad. En particular, nos referiremos a lo que identificamos como el desafío *externo*, esto, es el seguimiento —o la controversia— de las decisiones de la Corte Interamericana por parte de las cortes de la región, y al *interno*, esto es, el reto que supone para la propia Corte Interamericana el control de convencionalidad, en particular, en evitar inconsistencias en la jurisprudencia por parte de nuestro máximo tribunal regional, que, indudablemente, pueden generar un importante confusión al operador jurídico nacional y una pérdida de eficacia del propio control de convencionalidad.¹⁵

Finalmente, esta introducción no puede concluir sin un sincero reconocimiento y profundo agradecimiento al doctor Sergio García Ramírez, quien no sólo ha tenido una enorme trascendencia en el desarrollo y fortalecimiento de la Corte Interamericana y de su jurisprudencia, sino que ha influido en la formación de aquellos quienes han laborado en el tribunal y estudiado su jurisprudencia, como es el caso de los autores de este texto.¹⁶ La claridad de pensamiento y su brillante visión que combina el análisis riguroso del derecho, con la visión política y social que acompaña a la labor jurídica, lo convierten en uno de los principales pensadores y actores del sistema interamericano en nuestra época, un referente indispensable para entender nuestro sistema regional de protección de derechos humanos.

¹⁵ Sagués destaca la importancia que para el éxito del control de convencionalidad tienen diversos factores, el acierto de los fallos de la Corte y el seguimiento de su doctrina por los tribunales nacionales; “De la Constitución Nacional”, *cit.* p. 3.

¹⁶ Ese es el caso de los autores de este texto, quienes tienen una admiración y un afecto especial por el profesor y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso de Pablo González Domínguez, tuvo el privilegio de estudiar los textos del doctor García Ramírez y entrevistarse con él mientras realizó una estancia de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM estudiando precisamente el tema del control de convencionalidad. En el caso de Javier Mariezcurrena, tuvo el privilegio, en su calidad de abogado coordinador de uno de los equipos legales de la Secretaría de la Corte Interamericana, de trabajar con el doctor García Ramírez cuando fue juez y presidente del Tribunal.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. *Desarrollo jurisprudencial*

Las primeras menciones al control de convencionalidad se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de 2006. Previo a ello, las referencias al control mencionado aparecen en algunos votos individuales, particularmente del juez García Ramírez, quien fundamentalmente dirige su razonamiento sobre la cuestión a *explicar* las decisiones que toma la Corte Interamericana, con un carácter orientador y pedagógico. A tal fin, explica qué puede y qué no puede hacer la Corte de San José, hace un paralelismo entre un tribunal constitucional y el tribunal regional, entre el control *judicial* constitucional y convencional y destaca las diferencias entre el examen realizado por un tribunal interno y la Corte Interamericana, las diferencias en sus procedimientos, en los sujetos procesales, en la materia, etcétera.¹⁷ Es en este marco donde comienzan a darse las primeras conceptualizaciones sobre el control de convencionalidad.

La primera vez que se incorpora la noción de control de convencionalidad en un razonamiento de la Corte Interamericana, en un caso concreto, ocurre en 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*. El caso, resumidamente, versaba sobre la falta de investigación de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano, privado de su vida cinco días después del golpe de Estado, por parte de dos *carabineros* en la puerta de su casa ante la presencia de testigos. Sin perjuicio de que los familiares interpusieron la denuncia respectiva, la investigación del caso se vio obstaculizada por la aplicación del decreto-ley núm. 2191, una norma de autoamnistía. Ante la Corte Interamericana, el Estado chileno informó que si bien ese decreto-ley de amnistía seguía formalmente vigente desde 1998, ya no era aplicado por muchos tribunales, y ocurría que algunos lo aplicaban y otros no. En el caso del señor Almonacid Arellano había sido aplicado y, en consecuencia, la investigación había cesado. Este es el contexto en el cual la Corte Interamericana, por primera vez en una sentencia, se refirió al control de convencionalidad y lo hizo en los siguientes términos:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes

¹⁷ Voto del juez Sergio García Ramírez en el *Caso Tibi vs. Ecuador, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, núm. 114, particularmente, párrs. 2 y ss.

en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermaidas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.¹⁸

Esta decisión apunta a dejar claro que los jueces están “sometidos” — además de a la ley—, a la Convención Americana y a las interpretaciones de la Corte Interamericana, dado que es el órgano autorizado a aplicar el tratado. En consecuencia, tienen que velar por la plena vigencia del tratado, de manera que éste no se vea obstaculizado por leyes como las de amnistía, que son incompatibles desde el inicio con la Convención Americana. En esta primera mención se destaca el rol de los jueces, quienes deben examinar las normas internas frente a las obligaciones establecidas en el Pacto de San José e, innovadoramente, frente a la jurisprudencia del tribunal regional, intérprete último de la Convención.

En los casos siguientes, la Corte reiteró aquella doctrina y posteriormente fue haciendo algunas precisiones, como ocurrió en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006). En esa sentencia, la Corte Interamericana indicó que el control de convencionalidad deben hacerlo *todos los jueces y de oficio*, dentro de sus atribuciones dadas por criterios de admisibilidad y procedencia según las reglas de competencia establecidas por el derecho interno.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco

¹⁸ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, cit.*, párr. 124.

implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.¹⁹

Posteriormente, la Corte de San José avanzó en el contenido y alcance del control de convencionalidad y, entre otras determinaciones,²⁰ afirmó que no solo el Poder Judicial tiene que hacer el control de convencionalidad, sino que “todos los órganos” estatales —incluido, claro está, el Judicial—, tienen que hacer esa verificación de la norma interna frente a la norma y la jurisprudencia interamericanas dentro de sus respectivas esferas.²¹ Cabe recordar que la Corte, previamente, en el caso *Radilla Pacheco y otros vs. México* (2009) había señalado que del control de convencionalidad se desprende la obligación de que “las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecúen a los principios establecidos en la jurisprudencia”.²² De esta forma, se puede entender que el control de convencionalidad —que requiere la interpretación de normas, no sólo su inaplicación— puede ser realizado por todas las autoridades del Estado y no exclusivamente por el Poder Judicial. Esta línea jurisprudencial se fortalecería en la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay* y en su primera resolución de supervisión de cumplimiento del fallo.

Finalmente, en este rápido repaso, se destacan otras decisiones en las cuales la Corte Interamericana fue precisando los contornos de esta doctri-

¹⁹ Corte IDH, *caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158, párr. 128. Aquí la Corte Interamericana ya quita el matiz que indicaba que se trataba de una “especie” de control, para afirmar que la obligación es realizar directamente el control. Cfr. Sagüés, “El control de convencionalidad”, *cit.*, p. 2.

²⁰ Sagüés, “De la Constitución Nacional”, *cit.* p. 4, en cuanto al “reciclaje de la norma constitucional” derivado del caso *Radilla* y la precisión sobre la emisión y aplicación de normas nacionales derivada de la resolución de supervisión de cumplimiento en el caso *Gelman*.

²¹ Corte IDH, *caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 210. “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos [...]”.

²² Corte IDH, *caso Radilla Pacheco vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 340.

na. En *Masacre de Santo Domingo v. Colombia* (2012), el tribunal conceptualizó que el control de convencionalidad se asienta en el principio de complementariedad o subsidiariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano.²³ Este precedente fue reiterado en *Andrade Salmón v. Bolivia* (2016), donde se estableció que el carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el Estado es el principal garante de los derechos de las personas, y se abundó en que el control de convencionalidad es una obligación que surge precisamente para coadyuvar en que las autoridades estatales sean las primeras en garantizar que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.²⁴ En esta misma línea de análisis, en el caso *Petro Urrego vs. Colombia* (2020), se reiteró que el control de convencionalidad es una doctrina que fue creada como una institución que sirve para aplicar la Convención Americana y sus fuentes, lo que requiere que todas las autoridades del Estado realicen acciones dirigidas a la prevención, o bien la corrección de violaciones de derechos humanos.²⁵

2. Aspectos conceptuales

El control de convencionalidad se basa en dos argumentos clásicos de derecho internacional público. El primero de ellos es la obligación de cumplir de buena fe los tratados ratificados por el Estado (*pacta sunt servanda*). El segundo, es el precepto, recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, que establece que un Estado no puede alegar disposiciones de derecho interno para dejar de cumplir una obligación internacional libremente asumida.²⁶ Estos fundamentos fueron expresamente referidos por la Corte Interamericana en el caso *Almonacid Arellano*, cuando sostuvo que en la misma línea de ideas del control de convencionalidad, “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento

²³ Corte IDH, *caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo y reparaciones*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259, párr. 142.

²⁴ Corte IDH, *caso Andrade Salmón vs. Bolivia, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 10 de diciembre de 2016, serie C, núm. 330, párr. 93.

²⁵ Corte IDH, *caso Petro Urrego vs. Colombia, cit.*, párr. 107.

²⁶ Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, núm. 14, párr. 35, y *caso Abrill Alosilla y otros vs. Perú, supervisión de cumplimiento de sentencia, cit.*, considerando 4.

el derecho interno”.²⁷ Asimismo, esta doctrina encuentra fundamento en las obligaciones generales previstas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. En este último artículo se desprende expresamente el deber de los Estados, de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En este punto cabe resaltar que el criterio de la Corte en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2007), cuando sostuvo lo siguiente:

La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.²⁸

En cuanto al órgano a cargo del control de convencionalidad, se ha indicado que el control internacional le cabe a la Corte Interamericana, en el sentido de que califica la validez de los actos y normas estatales respecto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos que derivan de la Convención Americana y otros tratados sobre los que tiene competencia.²⁹ A la par del control internacional de la Corte Interamericana se encuentra el control nacional, a cargo —según la Corte Interamericana en *Almonacid Arellano y Trabajadores Cesados*— de todos los jueces —incluidos los jueces constitucionales— de acuerdo con sus competencias y facultades.³⁰

²⁷ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., párr. 125, y *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), cit., párr. 35.

²⁸ Corte IDH, *caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 186, párr. 179.

²⁹ Voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot en Corte IDH, *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párr. 22.

³⁰ Sagüés, “El control de convencionalidad”, cit., p. 2.

Esta última observación permite afirmar que la Corte Interamericana ha tenido en mente que el control de convencionalidad puede ser aplicado en sistemas judiciales concentrados, difusos o mixtos de control de constitucionalidad, atendiendo al sistema de competencias determinado en cada Estado. Sin perjuicio de ello, como se ha indicado, desde 2010 —por ejemplo, en los casos de *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*— el tribunal ha señalado que el control de convencionalidad debe ser realizado por “todos” los órganos estatales. Esta última formulación debe ser entendida como la posibilidad de que todas las autoridades deben realizar —al menos, y como parte del control de convencionalidad— una interpretación conforme ente la norma nacional y el estándar interamericano de protección, como lo sugirió la Corte desde *Radilla Pacheco*,³¹ y que reiteró en *Petro Urrego*.³²

En cuanto a la *oportunidad del control*, pueden considerarse dos cuestiones. Respecto de la primera de ellas, en *Trabajadores Cesados*, la Corte Interamericana sostuvo que no se debe esperar el pedido de parte, sino que corresponde a las autoridades judiciales nacionales hacer el control de convencionalidad de oficio. La segunda se relaciona, más precisamente, al momento en que se lleva a cabo el control; a este respecto, cabe preguntarse hasta qué momento puede hablarse de control de convencionalidad y cuándo se está en presencia del mero cumplimiento de una sentencia del tribunal interamericano en un caso concreto. En ocasiones no se ha distinguido entre el control que deben hacer las autoridades locales *previo* a que el litigio llegue a la Corte Interamericana y el llamado “control” posterior o, en realidad, el cumplimiento de una sentencia adoptada por el tribunal regional. Aquí podría indicarse que, en el primero de esos casos —esto es, cuando la Corte Interamericana aún no se ha pronunciado sobre el caso concreto— corresponde calificar, efectivamente, la actividad del órgano nacional como “control de convencionalidad”. Así, sería apropiado hablar de control de convencionalidad respecto de una decisión previa o incluso a la decisión del tribunal interamericano llegado el caso a dicha instancia —control internacional de convencionalidad—. Sin embargo, si el caso ya fue decidido por la Corte Interamericana, condenando y ordenando a un Estado a cumplir con una determinada medida de reparación, en rigor, parecería que no sería apropiado hablar de “control de convencionalidad”, justamente porque las fallas de dicho control en el ámbito local implicaron en el caso una “inconvencionalidad”, y como tal fue declarada por la Corte Interamericana.

³¹ Corte IDH, *caso Radilla Pacheco vs. México*, *cit.*, párr. 340.

³² Corte IDH, *caso Petro Urrego vs. Colombia*, *cit.*, párr. 107.

Se trata, entonces, simplemente, del mero cumplimiento de una sentencia y de sus medidas de reparación, en los términos del artículo 68.1 de la Convención Americana, que establece la obligatoriedad de los fallos de la Corte regional para los Estados que han sido partes en el litigio.

En cuanto al “material normativo controlado”, como lo denominada el profesor Sagüés, o *respecto de qué se ejerce el control*, la formulación de la Corte Interamericana se concentra en la verificación de compatibilidad de las *normas jurídicas* internas, las cuales pueden ser resoluciones, decretos, leyes y eventualmente Constituciones —o aún criterios jurisprudenciales—, frente a las disposiciones de la Convención Americana y a las decisiones de la Corte Interamericana.³³ En la misma lógica, el control de convencionalidad que deben realizar todas las autoridades del Estado requiere que éste sea realizado sobre todas las normas jurídicas del Estado, siempre y cuando tengan la naturaleza de una norma jurídica. Por supuesto —como sucede con esta teoría— es importante recordar lo dicho por la Corte Interamericana, que el control de convencionalidad debe ser realizado por las autoridades en el marco de sus respectivas competencias, de forma que la posibilidad de que una autoridad administrativa realice un control de convencionalidad sobre una ley general será de menor intensidad que aquella que podría realizar una alta corte del Estado. En el mismo sentido, todas las autoridades están en posibilidades de realizar un control de convencionalidad “suave” —es decir a través de la interpretación conforme— de todas las normas del ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, siguiendo al constitucionalista argentino, en cuanto al “material normativo controlante” o *contra qué se controla*, de acuerdo con la jurisprudencia tradicional de la Corte Interamericana parecería que sólo sería la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte interpretando ese tratado.³⁴ Por supuesto, existen en nuestro ámbito regional otros tratados que establecen obligaciones muy importantes a los Estados, y cabe preguntarse qué pasa con ellos. Algunos juristas, como el juez Ferrer Mac-Gregor, afirman —a nuestro criterio, correctamente— que el control de convencionalidad también corresponde ser realizado respecto de los otros tratados interamericanos.³⁵ El fundamento sobre la obligatoriedad la interpretación de la Corte Interamericana respecto de otros tratados interamericanos no resultaría diferente a aquel utilizado respecto de la Convención Americana, esto es, que los Estados no pueden oponer cuestiones de dere-

³³ Sagüés, “El control de convencionalidad”, *cit.*, p. 2.

³⁴ Sagüés, “El control de convencionalidad”, *cit.*, p. 2.

³⁵ Voto del juez Ferrer Mac-Gregor Poisot, *cit.* párr. 47.

cho interno para no cumplir una obligación internacional libremente contraída, el cumplimiento de buena fe de los tratados y la obligatoriedad de seguir las interpretaciones del órgano autorizado para aplicar el tratado.

Una cuestión sobre la que queda aún un amplio margen para la reflexión es la cuestión sobre qué ocurre con el control de convencionalidad frente a las normas del sistema universal. A este respecto, es importante mencionar que —visto desde la perspectiva del derecho interno y, por ende, no dentro de la competencia material del Tribunal de San José— otros tratados internacionales, aun cuando no formen parte del sistema interamericano, pero siempre que sean obligatorios para el Estado, podrían constituir un material normativo controlante, cuando el derecho constitucional así lo establezca. Esto es así, puesto que para un juez nacional las obligaciones en materia de derechos humanos que asume el Estado no sólo están determinadas por los tratados del sistema interamericano, sino también por otros tratados que contienen derechos humanos, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Una cuestión adicional en esta materia es qué ocurre con las *opiniones consultivas* del tribunal y si ellas forman parte de la jurisprudencia respecto de la cual las autoridades nacionales deben hacer el control de convencionalidad. Cabe recordar que respecto de las decisiones emanadas de su competencia consultiva, la propia Corte Interamericana, en sus diferentes integraciones, ha variado su criterio sobre su fuerza normativa, es decir, si ellas son vinculantes.³⁶ En su concepción tradicional, la competencia consultiva fue considerada como una asesoría técnica que a la Corte Interamericana brindaba, entre otros, a solicitud de los Estados. Para ello, se sostenía que de la propia Convención surgía de que tales decisiones no eran obligatorias; sin embargo, eso no quería decir que no tuvieran alguna fuerza normativa. Por ello, no era inusual que un Estado que había solicitado una opinión consultiva a la Corte Interamericana, una vez emitida la opinión, actuara conforme a lo que el tribunal había resuelto.³⁷ Por otra parte, tampoco es inusual que los argumentos que la Corte Interamericana emite en las opiniones consultivas se integren luego a los análisis de los casos contenciosos. Un ejemplo muy claro es el derecho a la asistencia consular de la persona detenida en el extranjero. Luego de la opinión consultiva sobre la materia,

³⁶ Nikken, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 161 y ss.

³⁷ Esto sucedió con la Opinión consultiva 5, sobre colegiación obligatoria de periodistas; Cfr. Nikken, La función consultiva, *cit.* pp. 161 y ss.

la Corte Interamericana integró al análisis de las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, la provisión de asistencia consular. En efecto, en los casos *Bueno Alves* (un ciudadano uruguayo en Argentina) y *Tibi* (un ciudadano francés en Ecuador) bajo el artículo 8, la Corte Interamericana examinó si aquellas personas habían tenido la información sobre la asistencia consular y declaró una violación por la omisión.

Precisamente, con relación al valor normativo de las opiniones consultivas como parámetro del control de convencionalidad, cabe destacar que en sus integraciones más recientes la Corte Interamericana ha establecido que el control de convencionalidad debe ser realizado por los diversos órganos del Estado sobre la base de las decisiones del tribunal “en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa con el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, el cual es «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos»”.³⁸ Se entiende entonces que las interpretaciones que sirven como parámetro para el control de convencionalidad para las autoridades del Estado incluyen aquellas realizadas por la Corte Interamericana en sus opiniones consultivas. Esto tiene implicaciones relevantes para el control de convencionalidad, pues —por mencionar un ejemplo— requiere a las autoridades laborales tomar en cuenta los criterios relativos al contenido de los derechos sindicales para la calificación sobre la ilegalidad de una huelga que fueron desarrollados en la OC-27/21 sobre derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga.³⁹ Desde esta perspectiva, a través del control de convencionalidad, las opiniones consultivas adquieren un mayor grado de obligatoriedad desde la perspectiva del derecho internacional.

De igual modo, también cabe la duda respecto de las *medidas provisionales*, pues ¿puede hablarse de control de convencionalidad respecto de decisiones *prima facie* o preliminares, como son aquellas decisiones sobre medidas provisionales? La Corte Interamericana parece haberse pronunciado

³⁸ Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014, serie A, núm. 21, párr. 21.

³⁹ Corte IDH, *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*, Opinión Consultiva OC-27/21 del 5 de mayo de 2021, serie A, núm. 27, párr. 99-101.

por la tesis afirmativa. Un ejemplo sobre el control de convencionalidad en el procedimiento de medidas provisionales sucedió en el caso Wong Ho Wing, un ciudadano chino cuya extradición fue requerida por la República Popular de China a Perú, por delitos que podían estar sujetos a la pena de muerte. El señor Wong Ho Wing había alegado que en el procedimiento de extradición seguido en su contra, Perú había violado sus garantías judiciales reconocidas en el artículo 8 de la Convención Americana, solicitó medidas cautelares y presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana. Ante la falta de observancia de las medidas cautelares, la Comisión solicitó al tribunal interamericano la adopción de medidas provisionales. La Corte ordenó que mientras se sustanciaba el caso ante la Comisión Interamericana sobre las alegadas violaciones al debido proceso en el procedimiento de extradición, Perú debía abstenerse de extraditar al señor Wong Ho Wing. Aproximadamente un año y medio después de la adopción de las medidas provisionales, el tribunal constitucional peruano resolvió que no procedía la extradición, sino que correspondía juzgarlo por representación en Perú, ya que, efectivamente, si se lo extraditaba a China podría existir un riesgo a su derecho a la vida reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana. Respecto de dicha decisión, la Corte Interamericana:

valor[ó] positivamente el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional del Perú en el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el presente procedimiento provisional [...].⁴⁰

De lo anterior se puede concluir que las interpretaciones que deben servir como base del control de convencionalidad son todas aquellas que hayan sido realizadas por la Corte en ejercicio de su jurisdicción consultiva, contenciosa, o preventiva. Es decir, todo estándar derivado de la interpretación que la Corte Interamericana haga sobre los tratados antes mencionados puede tener valor para establecer el parámetro del control de convencionalidad por las autoridades nacionales. En este sentido, es posible afirmar que —en principio, como parámetro del control de convencionalidad más allá de los casos en que el Estado es parte— no existe distinción entre la fuerza vinculante de las decisiones que la Corte emite en ejercicio de su competencia contenciosa, y aquellas que emite en ejercicio de su jurisdicción consultiva o preventiva. En estos supuestos se fija la “cosa interpretada” (*res interpretata*). Sin embargo, los criterios fijados por la Corte Interamericana en

⁴⁰ Corte IDH, *caso Wong Ho Wing, resolución de medidas provisionales*, del 10 de octubre de 2011, párr. 11.

ejercicio de su competencia contenciosa adquieren —además del carácter de *res interpretata*— el carácter de “cosa juzgada internacional” (*res judicata*) para el Estado que es parte de la controversia, de conformidad con el artículo 67 de la Convención.⁴¹ Por esta razón, es posible afirmar que el deber de realizar un control de convencionalidad, sobre la base de los criterios fijados por la Corte Interamericana en un caso concreto, adquiere una mayor intensidad para las autoridades del Estado que es parte de ese caso.

Las anteriores consideraciones permiten afirmar que el control de convencionalidad se realiza sobre las bases de un “bloque de convencionalidad”, o un “Corpus Juris Interamericano”, que —visto desde la perspectiva del juez interno— se ve complementado por las normas constitucionales o aquellas contenidas en otros tratados internacionales que permiten una mayor protección de los derechos humanos. Ambas fuentes de derechos —la nacional y la internacional, tanto dentro como fuera del Sistema Interamericano— deben operar de manera conjunta sobre las bases del principio *pro personae* y el principio de subsidiariedad, de forma tal que ninguna norma contenida en la Convención Americana o cualquier interpretación de la Corte Interamericana puede ser utilizada como base para restringir derechos reconocidos en el ámbito nacional o internacional, tal como se desprende del artículo 29 de la Convención. En este punto es relevante recordar lo explicado por el profesor García Ramírez en el sentido de que “el derecho internacional de los derechos humanos es el «piso» de los derechos, no el «techo»”.⁴²

Por otra parte, en cuanto a sus *efectos*, el control de convencionalidad puede implicar la no aplicación en el caso concreto de una norma o de una interpretación de ella, que se reputa incompatible con la Convención Americana o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Como ha indicado Sagüés, ello constituye el control de convencionalidad negativo o destructivo. La otra posibilidad es la de control de convencionalidad constructivo o positivo, que es la interpretación armónica del derecho interno y el derecho internacional, la interpretación conforme al tratado y a la jurisprudencia, que se materializa en la selección, por parte del operador judicial, de todas las normas o interpretaciones posibles, la que más se ajusta al tratado y a la jurisprudencia del tribunal.⁴³ La Corte ha señalado, respecto

⁴¹ Corte IDH, *caso Gelman vs. Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia*, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013. *Cfr.* Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 80.

⁴² García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, núm. 28, p. 139.

⁴³ Sagüés, “Dificultades operativas del «control de convencionalidad»”, *cit.*, p. 1.

a esta última faceta del control de convencionalidad, que las autoridades del Estado deben garantizar que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.⁴⁴

Desde otra perspectiva, se ha caracterizado el control de convencionalidad como *amplio y estrecho*, considerándolo amplio cuando la Corte Interamericana no se ha pronunciado sobre la norma en cuestión, es decir, cuando no hay precedentes, y allí el margen de interpretación para el juez local es extenso. Por el contrario, el control de convencionalidad es estrecho cuando ya la Corte Interamericana ha hecho una interpretación de la norma en cuestión, ya sea en un caso del mismo país o en un caso similar resuelto respecto de otros países.⁴⁵ Al respecto, destacamos que, como se ha indicado, la Convención Americana establece que son obligatorias las decisiones del tribunal para las partes en litigio, lo que implica que en estos casos el control de convencionalidad es estrecho, y que la autoridad nacional debe realizar el control de convencionalidad en casos similares futuros en los términos planteados por la Corte Interamericana en su sentencia. En el mismo sentido, ante un caso que comparte las características relevantes esenciales con otro caso anterior resuelto por la Corte Interamericana respecto de otro Estado parte, parecería lógico que la tarea del Poder Judicial sea la de evitar que su Estado resulte sancionado internacionalmente por un asunto sobre el cual ya hay una decisión del tribunal regional, y en ese sentido que tome en alta consideración el estándar regional en la materia. Ahora, en casos donde no existe jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana, la autoridad goza de mayor margen para la interpretación del alcance de los derechos humanos reconocidos en el ámbito internacional.

Los ejemplos de control de convencionalidad *estrecho* resultan muy familiares para la jurisprudencia comparada. En el caso argentino, sucedió con la incompatibilidad de las leyes de amnistía decidida en el caso *Barrios Altos*, consideradas por la Corte Interamericana manifiestamente incompatibles con las garantías judiciales y la protección judiciales reconocidas en los artículos 8 y 25 CADH. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Simón*, entre muchos otros, dejó sin efecto las normas que impedían la investigación y sanción de los delitos de lesa humanidad, utilizando como argumento la obligatoriedad de las decisiones y la previsible sanción internacional en caso de no observar la jurisprudencia de la Corte Inter-

⁴⁴ Corte IDH, *caso Petro Urrego vs. Colombia*, *cit.*, párr. 103.

⁴⁵ Ruiz Chiriboga, “The Conventionally Control”, *cit.*, pp. 200 y ss.

mericana al respecto.⁴⁶ En el caso mexicano, cabe destacar que la Suprema Corte de Justicia decidió que en aquellos casos donde el Estado mexicano no fuera parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante siempre que sea más favorable para la persona. De esta forma, los operadores jurídicos deben —al aplicar la jurisprudencia interamericana— verificar la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento, y siempre que sea posible armonizar el criterio nacional con el internacional, o bien aplicar la jurisprudencia que sea más favorecedora para los derechos humanos.⁴⁷

III. LOS DESAFÍOS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA LA CORTE INTERAMERICANA

Existen numerosos desafíos que impone el control de convencionalidad a las autoridades y, especialmente, a los poderes judiciales nacionales. En primer lugar, el hecho que implica el estudio de una materia como lo es el derecho internacional que, en general, les resulta ajeno a muchas personas operadoras de justicia. Se trata de una tarea ardua a la que no contribuye, entre otros aspectos, la dispersión o fragmentación del derecho internacional. Ello resulta una carga y un desafío muy grande para muchas juezas y jueces nacionales, aun cuando tengan la mejor buena voluntad. También se han señalado las cuestiones culturales, quizá ideológicas, que se relacionan con el hecho de que las autoridades judiciales locales puedan verse confrontadas, puedan sentir que el control de convencionalidad resulta una imposición externa — como se mencionó al inicio de este trabajo— o que se redujo su margen de actuación e interpretación del derecho —vale decir, su *independencia*— haciéndose aún más *estrecho*. Asimismo, puede ocurrir un “conflicto de lealtades” entre la aplicación del derecho interno y el derecho internacional. Adicionalmente, a estos desafíos —señalados agudamente por el profesor Sagüés— se le puede sumar la propia estructura u organización del Poder Judicial de algunos Estados, sobre todo para los casos del control convencional negativo, que puede restringir a los jueces esa posibilidad. Asimismo, se han observado aspectos que si bien son prácticos, resultan muy importantes a la hora de facilitar el control de convencionalidad por los operadores locales, como son la falta de un buen buscador y la sistematización de jurisprudencia de la propia Corte Interamericana.⁴⁸

⁴⁶ Allí indicó que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en “Barrios Altos” al caso argentino resulta imperativa, *CSJN, S 1767, XXXVIII, causa 17.768*.

⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), *Contradicción de Tesis 293/2011*.

⁴⁸ Sagüés, “Dificultades operativas...”, *cit.*, 1 y ss.

Todos estos desafíos tienen que ver con un tema fundamental en el derecho internacional de los derechos humanos: la determinación del alcance de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, y su implementación por parte de sus distintos órganos y autoridades. En este punto nos sumamos a lo ya sostenido por García Ramírez, en el sentido de que es necesaria la creación de “vías” o “puentes” que faciliten un mayor entendimiento entre los ordenamientos jurídicos nacional e internacional, lo que permitiría que los criterios internacionales sean aplicados por las autoridades nacionales, y de esta forma tengan mayor efectividad. Estos “puentes” son políticos, normativos y prácticos. Respectivamente, permiten que haya una mayor aceptación por parte de los actores relevantes en el ámbito interno (por ejemplo, con la aceptación de compromisos internacionales y la voluntad política de dar cumplimiento a las sentencias de la Corte Interamericana), que las normas y criterios jurisprudenciales adquieran mayor eficacia en el ordenamiento jurídico interno (por ejemplo, con la adopción de normas constitucionales y criterios jurisprudenciales que permitan la aplicación de los estándares internacionales), y que el control de convencionalidad cobren eficacia.⁴⁹

Sin embargo, hay otros desafíos, también señalados por Sagüés, que tienen que ver con el seguimiento de las decisiones de la Corte Interamericana por los tribunales locales (lo que representa un desafío *externo*) y el acierto de sus propias decisiones (el desafío *interno*).⁵⁰

Respecto de la primera cuestión, el desafío *externo*, es decir, el seguimiento de las decisiones de la Corte Interamericana por parte —principalmente— de las altas cortes nacionales, asistimos a un momento de intenso relacionamiento —probablemente, como nunca antes en la historia de la región— que se expresa en un notable esfuerzo de dialogo jurisprudencial positivo. Este esfuerzo se ve reflejado, entre muchas otras decisiones, en la de la Suprema Corte de Justicia (México) al resolver el expediente *Varios 912/10*, donde se decidió el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*. En esa decisión de la SCJN, se realizó una interpretación sistemática de la Constitución Política para darle un alcance más amplio a las fuentes del DIDH en el orden jurídico interno, y a la posibilidad de su aplicación por todas las autoridades del Estado, y en par-

⁴⁹ García Ramírez, Sergio, “The Relationship Between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions”, *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, Iss. 1, artículo 2, pp. 125-148.

⁵⁰ Sagüés, “De la Constitución Nacional”, *cit.*, p. 3.

titular por los jueces.⁵¹ Esta decisión se vio fortalecida por la ya mencionada contradicción de tesis 293/2011.⁵² También es posible encontrar ejemplos ocurridos en Argentina, Colombia o Ecuador, por mencionar sólo algunos, en donde las altas cortes han invocado directamente las fuentes internacionales del SIDH para la interpretación del alcance de los derechos humanos en los casos sujetos a su conocimiento.⁵³

Sin embargo, en el curso de los últimos años ha habido algunas decisiones de altas cortes nacionales que han hecho “sonar las alarmas”, por su posible discrepancia con precedentes de la Corte Interamericana. Uno de esos ejemplos es la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay del 22 de febrero de 2013 (M.L.J.F.F.O), que declaró la inconstitucionalidad parcial de la Ley 18.831, que calificaba a los crímenes cometidos durante la dictadura militar como de “lesa humanidad” y los declaraba imprescriptibles. Así, la decisión de la Suprema Corte de Justicia parece claramente contraria a la jurisprudencia interamericana sobre la materia y, en particular, a la sentencia de fondo del caso *Gelman*. Otro caso es el de la reciente sentencia TC 0168/2013 del Tribunal Constitucional de República Dominicana, que tuvo por resultado privar de su nacionalidad a un número estimado en 200,000 personas dominicanas de ascendencia haitiana, problemática que en parte había sido considerada por la Corte Interamericana en el caso de las niñas *Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Aquí parecería que esta sentencia contrastaría con el deber de no adoptar prácticas ni normas que favorezcan el incremento de personas apartidas derivado de esa sentencia interamericana.⁵⁴ Lo mismo puede decirse de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, que en una sentencia del 14 de febrero de 2017 desestimó la solicitud de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, por la cual se solicitaba de-

⁵¹ Expediente *Varios 912/10*. Derivado de la consulta a trámite presentada por el entonces ministro presidente, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en el expediente *Varios 489/2010*.

⁵² *Contradicción de Tesis 293/2011*. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013.

⁵³ *Cfr.*, entre otros, Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 003-14-SIN-CC, 17 de septiembre de 2014, p. 20. Véase también Corte Constitucional de Ecuador, sentencia 113-14-SEP-CC, 30 de julio de 2014; Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Jurisprudencia 1ª./J 4/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo 1, publicada el 19 de febrero de 2016, y Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), “Mazzeo, Julio Lilio s/recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 13 de julio de 2007, *Fallos* 330.3248.

⁵⁴ Corte IDH, *caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 130.

jar sin efectos una sentencia firme de la Corte Suprema como consecuencia del fallo *Fontevicchia* y otros c/ República Argentina del Tribunal de San José. En dicha decisión, se cuestionó la potestad de la Corte Interamericana de ordenar dejar sin efectos una sentencia firme.⁵⁵

Por otra parte, respecto de la segunda cuestión, el acierto de las decisiones de la Corte Interamericana, se trata de un desafío *interno*, propio del tribunal, que tiene que ver con la fundamentación de sus decisiones, con la corrección de sus sentencias y con sus cambios de criterios. Esta dificultad, real y cotidiana, repercute intensamente en el control de convencionalidad local. Una primera aproximación a este tema, la cual compartimos como una hipótesis plausible, podría afirmar que si bien son dos cuestiones diferentes, están estrechamente relacionadas: a mayor acierto y sólida fundamentación de las decisiones interamericanas, mayor seguimiento tendrán esas decisiones por las cortes nacionales. A la inversa, el menor acierto de las decisiones del tribunal regional traerá aparejado un menor seguimiento local. Por supuesto, no podría hablarse aquí de una relación de causalidad, el acierto de la decisión, la corrección argumentativa y una sólida fundamentación por parte de la Corte Interamericana legitima su actuación y facilita, pero no asegura en absoluto que los tribunales locales sigan sus precedentes.

Sin embargo, consideramos que en la medida en que las sentencias de la Corte Interamericana tengan una mejor fundamentación y corrección argumentativa —que, en su caso, incluyan una apreciación y aplicación diligente de sus propios precedentes y del derecho comparado regional y nacional— los jueces en el ámbito interno se verán persuadidos a aplicar la jurisprudencia del tribunal de San José y a encontrar argumentos útiles y pertinentes que les permitan realizar mejor el control de convencionalidad en sede interna. No hacerlo así podría generar dificultades de seguimiento de la jurisprudencia, incluso en materias donde la jurisprudencia de la Corte Interamericana está sólidamente consolidada, y ha sido pionera indiscutida en el desarrollo del derecho internacional, como lo es el caso de la desaparición forzada de personas. En este punto cabe señalar que aproximadamente un gran número de las decisiones contenciosas de la Corte Interamericana se refieren a la desaparición forzada, y el tribunal es reconocido por los aportes que hizo desde su primer caso —*Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988)— hasta la influencia decisiva que su jurisprudencia tuvo

⁵⁵ Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 14 de febrero de 2017 en relación con los autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso «Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina» por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

en la Convención internacional para la protección de todas las personas contra la desaparición forzada de personas, adoptada bajo los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas.

La jurisprudencia tradicional del tribunal de San José sobre la materia ha seguido por años una línea jurisprudencial constante que afirmaba que la desaparición forzada violaba el derecho a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida (artículos 7, 5 y 4, CADH). Sin embargo, luego de haber desestimado por años en su jurisprudencia que la desaparición forzada violaba el derecho a la personalidad jurídica (artículo 3 CADH), en su decisión en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú* (2009),⁵⁶ el tribunal regional cambió su opinión y afirmó que la desaparición forzada también violaba aquel derecho, además de los tradicionalmente reconocidos. Sin embargo, en la sentencia del caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), la Corte Interamericana afirmó que la desaparición forzada violaba únicamente el derecho a la libertad personal (artículo 7 CADH).⁵⁷ Sólo con este breve ejemplo se puede observar que el operador judicial local puede tener serias dudas sobre cuál es el *bien jurídico protegido* por la prohibición de la desaparición forzada de personas según la jurisprudencia interamericana. De ahí la importancia de que la Corte, cuando realice modificaciones jurisprudenciales, éstas sean realizadas con razones sólidas que permitan sostener sus criterios, más aún cuando éstos constituyen interpretaciones expansivas o cambios jurisprudenciales.

Una dificultad aún mayor surge cuando la Corte Interamericana ha interpretado un mismo precepto en sentido opuesto. Ello ha ocurrido con las restricciones a los derechos políticos establecidas en el artículo 23.2 de la CADH, particularmente si las causales de restricción deben ser interpretadas o no taxativamente. En el caso *Castañeda Gutman vs. México* (2008), el tribunal afirmó que no se podía interpretar literalmente la Convención Americana cuando indica que la ley puede restringir o reglamentar los derechos políticos “exclusivamente” por razones de edad, nacionalidad, residencia, entre otras causales enumeradas en dicha norma. Allí se afirmó que hay numerosas reglamentaciones de los derechos políticos más allá de los supuestos previstos en la Convención Americana que, incluso, resultan necesarias para garantizar esos derechos. Por ello, los Estados pueden establecer reglamentaciones fuera de los supuestos convencionales sin que implique necesi-

⁵⁶ Corte IDH, *caso Anzualdo Castro vs. Perú, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 22 de septiembre de 2009, serie C, núm. 202.

⁵⁷ Corte IDH, *caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, cit.*

riamente una violación al tratado.⁵⁸ Por otra parte, en el caso *López Mendoza vs. Venezuela* (2010) —en el que se debatía la inhabilitación administrativa de un candidato— el tribunal interamericano indicó correspondía interpretar literalmente las restricciones del artículo 23.2 CADH.⁵⁹ Este criterio fue recientemente reiterado en el caso *Petro Urrego*.⁶⁰

Lo anterior genera una problemática doble relacionada con la discusión planteada en este apartado, al producir dudas legítimas respecto del alcance de los derechos —en este caso, de sus restricciones— previstas en la Convención Americana. Estas confusiones —a su vez— pueden incrementar la existencia de interpretaciones divergentes en el ámbito interno y en el interamericano, generando tensiones normativas indeseables. A manera de ejemplo, cabe señalar la decisión del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, del 28 de noviembre de 2017. El Tribunal Constitucional aplicó el artículo 23 de la Convención como norma más favorable en relación con diversas normas constitucionales que prohibían la reelección al presidente “de manera continua por una sola vez”, abriendo la puerta a la reelección presidencial de manera más amplia que aquella prevista en el texto constitucional.⁶¹ En su razonamiento, el Tribunal Constitucional hizo una referencia enfática al precedente de la Corte Interamericana en *López Mendoza*, subrayando que, dado que la restricción que impone la prohibición de reelección no se encuentra prevista en la Convención Americana, se debe dar preferencia a dicha norma por dar una mayor garantía de los derechos políticos y, por lo tanto, se debe considerar que la restricción constitucional no debe prevalecer. En consecuencia, se declaró la “aplicación preferente” del artículo 23 de la Convención Americana sobre la

⁵⁸ Allí “la Corte estim[ó] que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana”; Corte IDH, *caso Castañeda Gutman vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184, párrs. 161 y ss.

⁵⁹ Allí la Corte afirmó que debía resolver el caso “mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo”. Asimismo, afirmó “[e]l artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción”; Corte IDH, *caso López Mendoza vs. Venezuela, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 1 de septiembre de 2011, serie C, núm. 233, párr. 105 y 107.

⁶⁰ Corte IDH, *caso Petro Urrego vs. Colombia, cit.*, párr. 95.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional 0084/2017 del 28 de noviembre de 2017.

norma constitucional que prohibía la reelección inmediata, declarándola inconstitucional.⁶²

El criterio antes mencionado entra en aparente contradicción con la decisión de la Corte en el caso *Castañeda Gutman*, que estableció que hay numerosas posibilidades de establecer regulaciones a los derechos políticos que no están previstas por el artículo 23.2 de la Convención, sin que esto las transforme *per se* en contrarias a la Convención. Por el contrario, estas regulaciones resultan necesarias para el correcto funcionamiento de un régimen democrático, por lo que deben ser evaluadas a la luz del artículo 23 y otros artículos de la Convención. En ese mismo sentido, la Corte abordó la OC-28/21 sobre reelección presidencial (2021), considerando que del artículo 23 de la Convención se desprende la obligación de los Estados de realizar elecciones periódicas, lo que requiere que se realicen medidas para evitar que una persona se perpetúe en el poder y que exista la posibilidad de que distintos partidos y corrientes ideológicas tengan la posibilidad de acceder al poder. La Corte Interamericana concluyó que la prohibición a la reelección presidencial indefinida es compatible con la Convención Americana, e incluso sostuvo que la habilitación a la reelección indefinida atenta contra el Pacto de San José.⁶³ La coexistencia de criterios que entran en tensión en la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana puede debilitar su correcta y efectiva aplicación en el ámbito interno del Estado, e incluso que se utilice para validar acciones o normas al interior del Estado que ponen en riesgo valores protegidos por el SIDH, como lo es la democracia.

Algo similar ocurre con la determinación de los elementos o requisitos típicos para considerar si un Estado es internacionalmente responsable por tortura. En el derecho internacional no hay una sola definición del concepto de tortura, y los elementos de las definiciones universal e interamericana difieren sustancialmente, entre otros aspectos, en el elemento “finalidad” del maltrato: en la convención universal las finalidades están determinadas taxativamente, mientras que en la definición regional el maltrato puede tener “cualquier fin”. Las diferencias fueron advertidas por la Corte Interamericana en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, en el cual, advirtiendo esa circunstancia, el tribunal interamericano integró los requisitos en una de-

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional, *cit*.

⁶³ Corte IDH, *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)*, Opinión Consultiva OC-28/21 del 7 de junio de 2021, serie A, núm. 28, párrs. 91-148.

finición propia del concepto de tortura. En cuanto a la finalidad que debe tener el maltrato para ser considerado tortura, se decidió por que el mismo requiriera una finalidad determinada.⁶⁴ Por el contrario, en el caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, la Corte Interamericana cambió aquel criterio y, por ende, uno de los elementos, que permiten calificar un hecho como tortura, indicando que el maltrato constitutivo de tortura era aquel que podía tener “cualquier fin”.⁶⁵

IV. CONCLUSIÓN

La doctrina se ha ocupado mayoritaria y lógicamente en reflexionar sobre las dificultades y desafíos que significa el control de convencionalidad en la tarea de los jueces y tribunales nacionales. Este breve repaso de algunas cuestiones en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal regional indica que hay una lista de situaciones complejas, que hacen que el peso del control de convencionalidad recaiga principalmente en dos cuestiones. En primer lugar, en la construcción de “puentes”, como los llama García Ramírez, que permitan la adecuada implementación de los estándares internacionales y del control de convencionalidad en el ámbito interno del Estado. En segundo lugar, en la Corte Interamericana, particularmente en la corrección de la fundamentación y en el acierto de sus razonamientos, conclusiones y congruencia de su jurisprudencia. En efecto, la idea de que los órganos locales deban seguir las decisiones de la Corte Interamericana al interpretar el tratado depende ahora en gran medida del propio tribunal regional. Posiblemente éste sea el principal desafío para el afianzamiento del control de convencionalidad, y en general de su legitimidad como órgano judicial de protección de derechos humanos.

Como todo tribunal, la Corte Interamericana puede fallar, errar en sus decisiones y el impacto de esas fallas —ahora con el control de convencio-

⁶⁴ Corte IDH, caso *Bueno Alves vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11 de mayo de 2007, serie C, núm. 164, párrs. 78 y 79; en este último párrafo la Corte dijo: “En razón de lo expuesto, la Corte entiende que los elementos constitutivos de la tortura son los siguientes: a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con *determinado* fin o propósito”.

⁶⁵ Corte IDH, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013, serie C, núm. 260, parr. 200; Allí la Corte dijo: “Ahora bien, para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como «tortura», de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, se está frente a un acto constitutivo de tortura cuando el maltrato: a) es intencional; b) cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) se cometa con *cualquier* fin o propósito”.

alidad mediante— puede ser muy significativo. Asimismo, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana pueden encontrarse decisiones que no están motivadas como deberían o no son claras, puede ser que la doctrina emanada del fallo no sea fácil de determinar o de seguir para un juez nacional. El tribunal interamericano debe evitar —en la medida de las posibilidades humanas— inconsistencias u oscuridades que lo lleven a deslegitimarse. La Corte Interamericana, al decir que deben seguirse sus interpretaciones, ha acentuado su propia responsabilidad —ahora absolutamente imperiosa— de emitir sentencias que deben estar lo mejor argumentadas posible. Esto es aún más importante considerando la importancia que algunas de las temáticas que aborda tiene para la región, como nos lo ha mostrado la jurisprudencia en materia de derechos políticos antes señalada. Quizá a largo plazo sea este uno de los mejores resultados —posiblemente no previsto por los jueces interamericanos— del control de convencionalidad.